

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 885

Bahnreform und Enteignung

Die Rückkehr
der privatbegünstigenden Enteignung
im Eisenbahnwesen

Von

Sophia Pommer



Duncker & Humblot · Berlin

SOPHIA POMMER

Bahnreform und Enteignung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 885

Bahnreform und Enteignung

Die Rückkehr
der privatbegünstigenden Enteignung
im Eisenbahnwesen

Von

Sophia Pommer



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Pommer, Sophia:

Bahnreform und Enteignung : die Rückkehr der privatbegünstigten
Enteignung im Eisenbahnwesen / Sophia Pommer. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 885)

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10724-1

D 361

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-10724-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Wegen des Landbedarfs, wie er für eine flächenbezogene Unternehmung typisch ist, wird das Rechtsinstitut der Enteignung seit der Entwicklung der Eisenbahn eng mit ihr verbunden. Und noch heute stellt die Enteignung für expansionswillige Netzgesellschaften eine existenznotwendige Voraussetzung dar. Sie sind angewiesen auf die (in Art. 14 Abs. 3 GG) verfassungsrechtlich gebilligte Möglichkeit, die Rechtsordnung im Wege der Enteignung ausnahmsweise zu durchbrechen, wenn die enteignungserheblichen Vorhaben dem „Wohle der Allgemeinheit“ dienen. – Die privatrechtsförmige Eisenbahn nach dem Rechtsregimewechsel ist aber anders als einst die Deutsche Bundesbahn von vornherein keinem Gemeinwirtschaftlichkeitsauftrag unterstellt, sondern ein Wirtschaftsunternehmen, das auf die Erzielung von Gewinnen ausgerichtet ist. Unter welchen Voraussetzungen dennoch zugunsten der privaten Bahn enteignet und damit der systemimmanente Widerspruch zwischen Förderung eines wichtigen infrastrukturellen Vorhabens auf der einen und Gleichbehandlung der Privatrechtssubjekte im Wettbewerb auf der anderen Seite gelöst werden kann, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, die im Wintersemester 2000/2001 als Dissertation von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld angenommen wurde.

Ich bin sehr froh, daß mich die Wege zu meinem Doktorvater Prof. Dr. Joachim Wieland nach Bielefeld führten. Er hat mich vielseitig in meinem Dissertationsvorhaben unterstützt und in juristischen Fragen wie kein anderer ermutigt. Er motivierte mich, die Arbeit, so wie ich sie ihm vorgestellt hatte, fertig zu schreiben und mir dabei die notwendige wissenschaftliche Freiheit zu gönnen. Ihm danke ich besonders herzlich. Freundlich danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Armin Hatje. Durch sein Seminar wurde ich ans Europarecht herangeführt. Er hat außerdem das Zweitgutachten erstellt und Hinweise gegeben, die ich vor allem in der Zusammenfassung am Ende der Arbeit gerne für die Veröffentlichung berücksichtigt habe.

Dank sagen möchte ich meinen Eltern, die das Dissertationsvorhaben ganz selbstverständlich geistig sowie finanziell unterstützten und mir zutrauten, das Böckle nicht hinten, sondern vorne an die „schwäb'sche Eisenbahne“ zu binden (Schwäbisches Volkslied, Tübinger Kommersbuch von 1853). Weiterhin bin ich all jenen Freunden und Kollegen aus der Zeit meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin in Mainz und Leipzig dankbar, die den Entstehungsprozeß der Arbeit in einem seiner vielen Stadien begleitet, mir zugehört und Anregungen gegeben oder sonst – insbesondere bei den Korrekturen – mitgeholfen haben: Doris Armbruster, Claudia Blanchard, Angela Göllnitz, Susanne Knips, Gisela Ostwald,

Ulrich Repkewitz, Cornelia Schwarz und den Mitgliedern des Arbeitskreises Geschichte, Methodik und Dogmatik des Öffentlichen Rechts.

In der Aufzählung nicht erwähnt, weil er einen Ehrenplatz verdient, habe ich meinen Mann Christoph Enders. Ihm danke ich von ganzem Herzen für das Besondere, das er zum Gelingen der Arbeit von Anfang an beigetragen hat.

Ferner gilt mein Dank Prof. Dr. h. c. Norbert Simon für die Aufnahme der Doktorarbeit in die Reihe „Schriften zum Öffentlichen Recht“ und der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die mit einer Beihilfe den Druck des Werkes finanziert hat.

Und schließlich versprochen, ihn zu erwähnen, habe ich einst auch meinem Sohn Paul für sein geduldiges Abwarten. Er kam vier Tage nach Fertigstellung des Manuskripts zur Welt.

Leipzig im Oktober 2001

Sophia Pommer

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
<i>Teil 1</i>	
Von der privatbegünstigenden zur staatsbegünstigenden Enteignung – Eisenbahngeschichte als Enteignungsgeschichte	22
§ 1 Erste Eisenbahnen und erste Enteignungen	22
I. Die Organisation der Eisenbahnunternehmen	23
II. Der Einfluß des Staates auf die Eisenbahnen	26
III. Die Enteignungsmöglichkeiten	30
§ 2 Die Konsequenzen der Verstaatlichung für das Enteignungsrecht	36
I. Der lange Weg bis zur Reichseisenbahn	36
1. Bismarcks Reichsbahnpolitik	36
2. Bismarcks Alternative: Die Verstaatlichung der preußischen Privatbahnen ..	38
3. Der Durchbruch – Die Schaffung der Reichseisenbahn	39
II. Die neue Gemeinwirtschaftlichkeit der Eisenbahn	40
III. Die Vereinfachungen im Enteignungsrecht und die Aufweichung der ursprüng- lichen Eigentumsdogmatik	41
§ 3 Enteignung als Hoheitsinstrument der Deutschen Bundesbahn	44
I. Die Bundesbahn als unmittelbare Staatsverwaltung	45
1. Das Wesen der Eisenbahnhoheit	45
2. Die verfassungsrechtliche Verankerung von Hoheitsrechten für die Deut- sche Bundesbahn	46

3. Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F. als Aufgabenzuweisung	46
a) Art. 87 GG als Organisations- und Aufgabennorm	47
b) Das Gebot der Erwerbswirtschaftlichkeit	51
c) Die Auflösung des Konflikts zwischen Wirtschaftlichkeit und Aufgabe ..	54
II. Das Enteignungsrecht der Deutschen Bundesbahn zum Zwecke des Bahn- anlagenbaus	56
1. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Eisenbahnteignungs- recht als Teil der Eisenbahnhoheit	56
2. Der Träger des Enteignungsrechts	57
3. Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 14 Abs. 3 GG	58
a) Das Gemeinwohlerfordernis	58
b) Das enteignungsfähige Vorhaben: Der Bau oder die Änderung von (Bundes-)Bahnanlagen	58
c) Die Verhältnismäßigkeit der Enteignung	61
III. Die Reform der Deutschen Bundesbahn und die Aufgabe der vordergründigen Gemeinwohlorientierung des Unternehmens – eine These	62

Teil 2

Von der Staatsbahn zur Privatbahn – Die Bahnreform	64
§ 4 Beweggründe, Ziele und Inhalte der Bahnreform	65
I. Die Verdrängung leistungsstaatlicher Erklärungsmuster durch ökonomische Zwänge: Die nationalen Reformgründe	65
II. Der europäische Einfluß – Die Richtlinie der EG vom 29. 07. 1991 (91/440/ EWG)	73
III. Die Trennung zwischen Netz und Betrieb als „Herzstück“ (wesentliches Merk- mal) des Strukturwandels	78
§ 5 Die privatwirtschaftliche Grundkonzeption und ihre verfassungsgesetzliche Umsetzung – Art. 87 e i. V. m. Art. 143 a GG	85
I. Die Trennung von Dienstleistung und Verwaltung	86
II. Die Bahn als Wirtschaftsunternehmen	89
III. Die Organisation in privater Rechtsform	92

§ 6 Aufgaben und Rechtsstellung des privatisierten Infrastrukturunternehmens vor dem Hintergrund der Privatisierungsschranke des Art. 87 e Abs. 3 Satz 3 GG	97
I. Formelle und materielle Beschränkungen der Veräußerungsfreiheit	99
1. Die formelle Privatisierungsschranke	99
2. Die materielle Privatisierungsschranke	100
II. Die gegenständliche Reichweite der Beschränkung – „Bau, Unterhaltung und Betrieb von Schienenwegen“	102
1. Einfachgesetzliche Ausformungen des Infrastrukturbegriffs und seiner Teile	102
a) Die Eisenbahninfrastruktur	102
b) Die Betriebsanlagen der Eisenbahn und Schienenwege	103
c) Die Bahnanlagen	104
2. „Bau, Unterhaltung und Betrieb von Schienenwegen“ (Art. 87 e Abs. 3 Satz 2 GG)	105
a) Der Wortsinn und die durch ihn gesetzten Grenzen	106
b) Die Bedeutung entsprechend der systematischen Einordnung	107
c) Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift	108
d) Teleologische und funktionelle Aspekte der Interpretation	110
e) Die Vereinbarkeit mit dem Europarecht	116
3. Die Auswirkung der Verfassungsinterpretation auf die einfachgesetzlichen Ausformungen des Infrastrukturbegriffs und seiner Teile	119
a) Die Eisenbahninfrastruktur	119
b) Die Betriebsanlagen der Bahn	119
c) Die Bahnanlagen	122
III. Die Auswirkungen der materiellen Privatisierungsschranke des Art. 87 e Abs. 3 Satz 3, Halbsatz 2 GG auf Aufgaben und Rechtsstellung des Unternehmens ...	122
1. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen des Vorbehalts	123
a) Vorrang des Gesellschaftsrechts	123
b) Schutz vor Aushöhlung	125
c) Beachtung der Zuwachsgrenze	126
2. Öffentlich-rechtliche Wirkungen	126
a) Von der Leistungs- zur Gewährleistungsverwaltung – Art. 87 e Abs. 4 GG	127
(1) Übertragung, Aufgabe und Umwandlung staatlicher Aufgaben	128
(2) Der Regelungsauftrag – Art. 87 e Abs. 4 Satz 2	136
(3) Instrumente zur Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung .	139

b) Abschied von der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft	143
(1) Keine Widmung neuer Infrastruktureinrichtungen	145
(2) Öffentliche Sache kraft Enteignungsprivileg?	147
(3) Entwidmung bereits gewidmeter Infrastruktureinrichtungen	149
c) Verwaltungsprivatrechtliche Grundrechtsbindung und Grundrechtsbe- rechtigung	150
(1) Grundrechtsbindung des Unternehmens	151
(a) Die klassische Theorie vom Verwaltungsprivatrecht	152
(b) Zwei Versuche einer Zwischenlösung	154
(c) Die Kritik an den spezifisch öffentlich-rechtlichen Bindungen des Unternehmens	156
(2) Grundrechtsberechtigung des Unternehmens	158

Teil 3

Die Zulässigkeit von Enteignungen zugunsten der Bahn AG als Problem der privatbegünstigenden Enteignung 163

§ 7 Das Institut der privatbegünstigenden Enteignung 164

I. Die Voraussetzungen rechtmäßiger Enteignung im Sinn des Art. 14 Abs. 3 GG – eine Bestandsaufnahme	165
1. Die Gemeinwohldienlichkeit und die Normierung des Enteignungszwecks 165	
a) Zur abstrakten Funktion des Allgemeinwohlbegriffs in Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG	165
(1) Das Defizit bloßer Negativbegrenzung	166
(2) Die Offenheit des positiv bestimmten Gemeinwohlbegriffs in Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG	167
b) Der materiell-rechtliche Inhalt des Gemeinwohlbegriffs	168
(1) Zur Stichhaltigkeit einzelner traditioneller und modernistischer Begründungsansätze	168
(a) Daseinsvorsorge	169
(b) Öffentliches Verkehrsbedürfnis: Der infrastrukturelle Expansionsauftrag Art. 87 e Abs. 4 Satz 1 GG	174
(c) Volkswirtschaftlich interessante Wirtschaftsunternehmungen: Die Präsentation neuer Technologien	175
(2) Der gesetzlich funktionalisierte Gemeinwille	176
c) Die Bestimmtheit der gesetzgeberischen Gemeinwohlfeststellung	178
2. Die Normierung der weiteren Enteignungsvoraussetzungen	184
3. Die Anforderungen des Übermaßverbots an den Enteignungsakt	186
II. Die private Unternehmensführung und das Allgemeinwohl	189

III. Die spezifischen Gemeinwohlanforderungen der privatbegünstigenden Enteignung	190
1. Die gesetzliche Normierung des Enteignungszwecks und die Gemeinwohldienlichkeit der enteignungserheblichen Unternehmung	191
a) Der Unternehmensgegenstand als Anknüpfungspunkt für die Gemeinwohldienlichkeit	191
(1) Die Realisierung des Allgemeinwohls als unmittelbarer Unternehmensgegenstand – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 11 Abs. 1 EnWG a. F.	192
(2) Die Verschärfung der Anforderungen bei nur mittelbarer Realisierung des Allgemeinwohls – Die Boxberg-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	196
b) Der gesetzliche Tatbestand als Anknüpfungspunkt unmittelbar gemeinwohldienlicher Unternehmenstätigkeit	198
2. Die Realisierung des Enteignungszwecks	201
a) Der Rückübertragungsanspruch	202
b) Der Enteignungsbetroffene als Inhaber des Anspruchs	204
c) Die einfachgesetzliche Verankerung des Anspruchs	205
3. Von der freiwilligen Bereitschaft des Privaten, das gemeine Wohl zu fördern, zur dauerhaften Verpflichtung?	208
a) Gegen eine Unterscheidung von staatlichem und privaten Enteignungsbegünstigten	209
b) Zwischen verfassungsrechtlichem Gebot und gesellschaftspolitischer Wunschvorstellung	211
c) Die Dauer des Vorhabens als Problem der Verhältnismäßigkeit	213
§ 8 Die Enteignungsvoraussetzungen im Planfeststellungsverfahren	217
I. Die Zuordnung der planerischen Gestaltungsfreiheit	219
II. Die enteignungsrechtliche Vorwirkung des Plans – privat- oder gemeinnützige Planfeststellung?	225
III. Das Planrechtfertigungsgebot	228
1. Das Interesse an einer bedarfsgerechten Vorhaltung von Eisenbahnbeförderungsleistungen	230
a) Die beste Verkehrsbedienung, § 1 Abs. 2 AEG	230
b) Die Förderung des öffentlichen Verkehrs	230
c) Für Zwecke des Baus und des Ausbaus von Betriebsanlagen der Eisenbahn, § 22 Abs. 1 Satz 1 AEG	232
2. Gesetzlich konkretisierte Bedarfsfestlegung	233
3. Rechtfertigung durch andere Vorhaben	238

§ 9 Die Anwendung auf Enteignungen im Bahnbereich	238
I. Enteignungen zum Zwecke des Baus oder Ausbaus von Betriebsanlagen der Eisenbahn	239
II. Enteignungen zum Zwecke des Baus oder Ausbaus sonstiger Bahnanlagen	240
1. Keine fachplanungsrechtliche Privilegierung	240
2. Das Problem zusammentreffender und konkurrierender Planungen	241
3. Die baugesetzlichen Enteignungszwecke	245
a) Anlagen im Bereich der Festsetzungen eines Bebauungsplans, § 85 Abs. 1 Nr. 1 BauGB	246
b) Anlagen auf Grundstücken innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile, § 85 Abs. 1 Nr. 2 BauGB	249
c) Anlagen im Außenbereich	249
III. Enteignungen zum Zwecke zwingender Ersatz- und Ausgleichsmaßnahmen ...	249
1. Die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses	252
2. Teleologie und Praktikabilität: Die weite Interpretation des „festgestellten Bauvorhabens“, § 22 Abs. 1 AEG	253
3. Die Defizite landesrechtlicher Enteignungsgrundlagen	257
 Ergebnis	 260
 Literaturverzeichnis	 261
 Sachwortregister	 288

Abkürzungsverzeichnis

AbfG	Abfallgesetz
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Archiv PT	Archiv für Post und Telekommunikation
Art.	Artikel
Auflg.	Auflage
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BauGB	Baugesetzbuch
BauR Baurecht.	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
Bay.	Bayern, bayerisch
Bbg.	Brandenburg, brandenburgisch
BbG	Bundesbahngesetz
Bd.	Band
BENeuGlG	Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen
Beschl.	Beschluß
BFStrG	Bundesfernstraßengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BSchwAG	Bundesschienenwegeausbaugesetz
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache

Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben v. Karl Buchholz, 1966 ff.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Deutsche Bahn
DBGrG	Deutsche Bahn Gründungsgesetz
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Amtliche Entscheidungssammlung des jeweiligen Gerichts
EBO	Eisenbahn- Bau und Betriebsordnung
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ENeuOG	Eisenbahnneuordnungsgesetz
EntG	Enteignungsgesetz
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
etc.	et cetera
EuR	Europarecht
EV	Einigungsvertrag
EVerkVerwG	Eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende; für
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FlurbG	Flurbereinigungsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift, Festgabe für
FStrAG	Bundesfernstraßenausbaugesetz
GewArchiv	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HdStR	Handbuch des Staatsrechts
Hess.	Hessen, hessisch
HGrG	HAushaltsgrundsatzgesetz
Hrsg.	Herausgeber
Int.	International(es)
i. V. m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
LG	Landschaftsgesetz
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LPflG	Landschaftspflegegesetz
LSA	(Land) Sachsen-Anhalt
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MMR	Multimediarrecht
M.-V.	Mecklenburg-Vorpommern
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nds.	Niedersachsen, niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nordrh.-Westf.	Nordrhein-Westfalen
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
Rh.-Pfl.	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
Rn.	Randnummer, Randzeichen
S	Saarland, saarländisch
S.	Seite
Sächs.	Sachsen, sächsisch
SZ	Süddeutsche Zeitung
Thür.	Thüringen, thüringisch
TransportR	Transportrecht
u. a.	und andere; unter anderem
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeit
v.	vom
VBl.	Verwaltungsblätter
VerwArchiv	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Wertpapiermitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für Baurecht
ZfVerkehrswiss.	Zeitschrift für Verkehrswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmungen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Einleitung

Die Privatisierung der Bahn ist ein Vorgang ohne Vorbild: Schon wegen seiner Komplexität unterscheidet er sich von der heute vielfach praktizierten Überführung einer behördlich verwalteten Stadt- oder Schwimmhalle in die private Rechtsform, für die es inzwischen genügend Vorbilder gibt.¹ Seine spezifischen verfassungsrechtlichen Festlegungen und die Eigenart der Materie trennen ihn im Detail aber auch von anderen parallelen Großprivatisierungen der jüngsten Zeit – etwa Post/Telekom oder Lufthansa. Die Privatisierung der Bahn ist ein Prozeß, den man in Deutschland nicht vorab proben und deshalb von vornherein nicht bis ins letzte austarieren konnte. Was da, als „Jahrhundertwerk,, gekrönt, aus der Taufe gehoben wurde, beschreibt einen Regimewechsel, der vielleicht gar nicht in aller Konsequenz gewollt war², zumindest aber in Kauf genommen wurde, um ein hehres Ziel zu erreichen: Der „Bahn (soll,) vom Staat befreit (,) . . . die für den Wettbewerb erforderliche Flexibilität“ gegeben werden.³ Dazu müssen alte, über Jahrzehnte geprägte Strukturen eines vormals von staatlicher Gesetzgebungsfreude stark betroffenen Sektors der Volkswirtschaft, bei dem Wettbewerb lediglich eine untergeordnete Rolle gespielt hat⁴, entweder gelockert oder ganz verlassen werden. Und selbst wenn die Deutsche Bahn ungeachtet des Beharrungsvermögens eingelebter Organisationsstrukturen komplexer Gebilde der Veränderung nicht völlig unzugänglich sein wird, muß mit dem Widerstand von vielfältig interessierter Seite gerechnet werden: von Gewerkschaften⁵, politischer Opposition und nicht zuletzt von seiten der Rechtswissenschaft⁶.

Der Systemwechsel findet seine verfassungsrechtliche Verankerung vor allem in Art. 87 e GG, der im Zuge der Verfassungsnovellierung von 1993 ins Grundgesetz aufgenommen wurde.⁷ Allein diese neue Verfassungsbestimmung wirft eine Reihe

¹ Vgl. zu weiteren Beispielen aus der Hochzeit der Privatisierung *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 245 f.

² Anlaß zu dieser Vermutung geben die vielzähligen Einwände insbesondere der Länder gegen die umfassende Privatisierung der Bahn, vgl. Überblick bei *Menges*, Die Rechtsgrundlagen für die Strukturreform der Deutschen Bahnen, S. 64 ff.

³ So der damalige Bundeskanzler *Kohl* anlässlich der Festveranstaltung zum Führungswechsel bei der Bahn am 22. 7. 1997, zitiert nach FAZ v, 23. 7. 1997, Nr. 168, S. 13. Vgl. auch die Zielvorstellung in § 1 Abs. 2 AEG.

⁴ *Laaser*, Wettbewerb im Verkehrswesen, S. XV.

⁵ Vgl. FAZ v. 8. 3. 2000, Nr. 57, S. 18, der Bahnvorstand solle nach Ansicht der Gewerkschaft der Eisenbahner aufhören, das Unternehmen ständig umzukrempeln.

⁶ Vgl. *Wilkenloh*, ZfVerkehrswiss. 60 (1989), 155 f.

von Fragen auf, die neben eisenbahnrechtlichen Details vorrangig das grundlegende Verhältnis des Staates zum neugegründeten Eisenbahnunternehmen umkreisen.⁸ Unsicherheit besteht – wie allgemein bei Privatisierungen⁹ – vor allem darüber, inwieweit dem Staat auch künftig Verantwortung verbleiben und wie er diese wahrnehmen soll. Der Rückzug des Staates führt in erster Linie dort zu Schwierigkeiten, wo vormals unproblematisch aufgrund hoheitlicher Trägerschaft auch hoheitlicher Zwang ausgeübt werden konnte – zum Nutzen des gemeinen Wohls und zum Vorteil der staatlichen Unternehmung.¹⁰ Das gilt insbesondere für den zwangsweisen Zugriff auf privaten Grund und Boden, wenn das Infrastrukturnetz erweitert werden soll, aber die freiwillige Überlassung des Eigentums im Wege des freihändigen Erwerbs gescheitert ist.¹¹ Denn solange (noch) keine unter- oder überirdischen Räume unbegrenzter Nutzung offen stehen¹², kennzeichnet leitungsgebundene Infrastrukturnetze gegenüber raumbeanspruchenden Vorhaben der Industrie, die gleichermaßen auf die nicht mehr vermehrbare Ressource Boden angewiesen sind¹³, eine Besonderheit: Der Bodenbedarf ist aufgrund der Netzkonfiguration weitestgehend ortsgelassen und kann nur in engen Grenzen frei gewählt werden.¹⁴

Werden deshalb in der Regel ganz bestimmte Flächen benötigt, um eine Strecke zu realisieren, ließe sich diese darum häufig nicht erbauen, wäre ein zwangsweiser, finaler Zugriff auf private Eigentumsrechte zugunsten des Eisenbahnunternehmens generell verboten. Ein Eisenbahnunternehmen ist deshalb regelmäßig darauf angewiesen, solche rein hoheitlichen Befugnisse zu seinen Gunsten brauchbar machen zu können.¹⁵ Dieser Zusammenhang hat sich seit Jahrhunderten herausgebildet:

⁷ 40. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20. 12. 1993, BGBl. I, 2089. Daneben existiert der Umwandlungsartikel 143 a GG.

⁸ Seit Jahren ständiges Gesprächsthema beim „Speyerer Forschungsseminar zum Eisenbahnrecht“, vgl. *Blümel/Kühlwetter*, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, jährlich seit 1997; dazu auch *Stüer/Hermanns*, DVBl. 1999, 29 und DVBl. 2001, 179 ff.

⁹ Vgl. *König*, DÖV 1999, 322.

¹⁰ Vgl. *Teil 1* § 3.

¹¹ Vgl. auch *Heinze*, Eisenbahn-Planfeststellung, S. 99. Dazu insb. *Teil 3*.

¹² Dieser Gedanken findet sich bei *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 345: Mit dem Wegfall von Kapazitätsgrenzen und der damit einhergehenden Öffnung eines unbegrenzten Raumes (man denke etwa an Funkfrequenzen; gleiches gilt aber auch, wenn man die unterirdische Aufnahmekapazität von Wegen für Telekommunikationsleitungen aufgrund deren ausgesprochen geringen Platzbedarfs als unbegrenzt ansieht) verlieren einzelne Infrastrukturnetze ihre traditionelle, spezifische Eigenschaft, indem sie die fortentwickelte Technik ausnutzen. In der Folge sind sie auf staatliche Fürsorge und staatliche Zwangsanzwendung zur Realisierung von Infrastrukturvorhaben nicht mehr angewiesen.

¹³ Auch dessen schutzwürdige Verteilung fordert unabhängig von konkret betroffenen Eigentumsrechten staatliche Fürsorge, allgemein *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 345.

¹⁴ In diesem Sinne bereits *Otto Mayer*, AöR 16 (1901), S. 72: „Um seinen Zweck zu erfüllen, muß der Weg diese Linie einhalten, hier laufen, er kann kein Stück entbehren“.

¹⁵ Vgl. schon *Hansemann*, Die Eisenbahnen und deren Aktionäre in ihrem Verhältnis zum Staat, S. 84.

Die technische Entwicklung einer Dampflokomotive und ihre anschließende Anwendung als Zugkraft der Eisenbahn schoben die Entwicklung einiger weniger enteignungsrechtlicher Ansätze hin zu einem gesetzlich formulierten Expropriationsrecht an, weil ohne dieses der Aufbau eines verzweigten Eisenbahnnetzes wiederum nicht denkbar gewesen wäre.¹⁶ Spätestens mit der Verstaatlichung der Eisenbahn wurde die Enteignungsmöglichkeit zugunsten der Bahn zur Selbstverständlichkeit.¹⁷

Obwohl die Anfang der 90er Jahre eingeleitete Privatisierung das Unternehmen Bundesbahn seines hoheitlichen Charakters beraubt hat, geht man in der Literatur heute nach wie vor überwiegend fraglos davon aus, daß zugunsten der Netzbetreiber vollzogene Enteignungen statthaft sind. Dabei wird nicht gefragt, ob auch künftig dem nunmehr privaten Unternehmen Deutsche Bahn das Instrument der Enteignung dienstbar gemacht werden dürfe und folglich nicht erwogen, inwieweit die von Art. 14 Abs. 3 GG zur Voraussetzung verfassungsmäßiger Enteignung deklarierte Gemeinwohldienlichkeit von diesem Unternehmen auch unter privatwirtschaftlicher und gewinnorientierter Unternehmensführung dauerhaft sichergestellt werden müsse und könne. Statt dessen leitet man *umgekehrt* aus der Behauptung, daß die *Enteignungsmöglichkeit* stets *vorhanden zu sein habe*¹⁸, die Notwendigkeit der trotz Privatisierung fortgesetzten generellen Allgemeinwohlbindung des Unternehmens ab.¹⁹ Für diese Bindung an das gemeine Wohl könne zwangsläufig nur der Staat (weiterhin) verantwortlich zeichnen, da andernfalls die von Art. 14 Abs. 3 GG zwingend vorgegebene Ausrichtung am allgemeinen Wohl auf dem Spiel stehe.

Ein Blick in die Geschichte beweist jedoch, daß sich das Gemeinwohl seinem Inhalt nach nicht dauerhaft festschreiben läßt, weil sich auch die wirtschaftlichen und politischen Grundforderungen nicht auf Dauer festzurren lassen. Die Beurteilung dessen, was dem gemeinen Wohl dient, und die Schlußfolgerungen, die aus dieser Einschätzung für die Eisenbahnverfassung (als eine Ordnung, mittels derer die betriebswirtschaftlichen Erfordernisse der Eisenbahn mit den politischen Zielvorstellungen des Staatswillensträgers in Einklang gebracht werden können,) zu ziehen sind, wandeln sich entsprechend den jeweiligen Einstellungen zur Verfassungs-, Staats- und Wirtschaftspolitik.²⁰ Deshalb führt eine Sichtweise in die Irre, die ausgehend von der allgemeinen Versorgungsfunktion eines Infrastrukturnetzes auch nach dem Wechsel der Rechtsträgerschaft des Netzunternehmens vom öffent-

¹⁶ Insbesondere *Teil 1, § 1*.

¹⁷ Dazu *Teil 1, §§ 2, 3*.

¹⁸ *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 333, 380, 445. Mit anderer Begründung – punktuelle Korrektur des Marktversagens bei Kettengütern *Engel*, Die Verwaltung 31 (1998), 546 ff.

¹⁹ *Fehling*, AÖR 121 (1996), 88 f.; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 371 ff. (375). Kritisch dazu *Büdenbender*, DVBl. 2000, 1369.

²⁰ So die Einschätzung bei *Bennemann*, Die Bahnreform – Anspruch und Wirklichkeit, S. 23; auch schon *Wilhelmi*, Archiv f. Eisenbahnwesen 73 (1963), 452.